

PA – PRAXISWISSEN ARBEITSRECHT

Liebe Leserinnen und Leser,

das Jahr geht vorbei, das Arbeitsrecht bleibt spannend und im Fluss. So freue ich mich darauf, Ihnen auch im kommenden Jahr neuste Entscheidungen rund um das Arbeitsrecht präsentieren zu dürfen. Bis dahin wünsche ich Ihnen heute zum letzten Mal in diesem Jahr eine informative Lektüre sowie demnächst fröhliche Weihnachten und einen guten Rutsch in ein gesundes neues Jahr,

Ihr Rechtsanwalt Stefan von Zduowski, Fachanwalt für Arbeitsrecht

1 Verlangen einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits am ersten Krankheitstag unterliegt keinen Voraussetzungen (im Anschluss an PA 01/2012, Entscheidung 3)

BAG, Urteil vom 14.11.2012 (5 AZR 886/11), Pressemitteilung des BAG Nr. 78/12

In der PA 01/2012 wurde kurz die seinerzeit nicht rechtskräftige Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Köln besprochen, wonach der Arbeitgeber keinen Grund benennen und auch kein Ermessen ausüben muss, um von dem Arbeitnehmer bereits am ersten Krankheitstag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu fordern. Nun hat das uns das Bundesarbeitsgericht Gewissheit verschafft:

Die Arbeitnehmerin ist in gehobener Position beim WDR in Köln beschäftigt und hatte für den 30. November 2010 einen Dienstreiseantrag gestellt, der vom Arbeitgeber abgelehnt wurde. Eine erneute Anfrage am 29. November 2010 wurde ebenfalls abschlägig beschieden. Am 30. Nov-

ember 2010 hat sich die Arbeitnehmerin dann krank gemeldet und war am Folgetag wieder zur Arbeit erschienen. Der Arbeitgeber hat die Arbeitnehmerin sodann angewiesen, *künftig* bereits am ersten Krankheitstag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AU) vorzulegen. Dass der Arbeitgeber eine AU bereits früher als *nach* drei Krankheitstagen – also am vierten Tag, nicht wie vielfach angenommen am dritten Tag! (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG) – fordern darf, ergibt sich bereits aus § 5 Abs. 1 Satz 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG). Die Arbeitnehmerin stand allerdings auf dem Standpunkt, dass das Verlangen des Arbeitgebers einer sachlichen Rechtfertigung bedürfe, zumal der in diesem Fall gültige

Tarifvertrag ein derartiges Recht nicht vorsieht.

Das BAG hat nun deutlich gemacht, dass der Arbeitgeber nicht in seinem Ermessen gebunden ist, wenn er von dem in § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG eingeräumten Recht Gebrauch macht, und dass es insbesondere nicht erforderlich ist, dass gegen den Arbeitnehmer ein begründeter Verdacht besteht, er habe in der Vergangenheit eine Erkrankung nur vorgetauscht. Eine tarifliche – und damit auch arbeitsvertragliche – Regelung steht dem nur entgegen, wenn darin das Recht des Arbeitgebers aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG ausdrücklich ausgeschlossen wird, was wohl kaum einmal der Fall sein wird.

2 Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten auch für Geschäftsführer eröffnet

BAG, Beschluss vom 26.10.2012 (10 AZB 60/12), Entscheidungsdatenbank des BAG

In § 5 Absatz 1 Satz 3 des Arbeitsgerichtsgesetzes (ArbGG), überschrieben mit "Begriff des Arbeitnehmers", heißt es: "Als Arbeitnehmer gelten nicht in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit Personen, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind." Hiernach sollte man annehmen, dass Geschäftsführer z. B. einer GmbH, also deren Organe, keine Arbeitnehmer sind und ihnen daher auch nicht der Weg zu den Arbeitsgerichten eröffnet wird. Doch weit gefehlt:

Der Kläger war ursprünglich Arbeitnehmer der Gesellschaft und wurde später zum Geschäftsführer berufen. Nach Niederlegung des Amtes war der Kläger noch etwa drei Monate für Restarbeiten beschäftigt gewesen, dann erfolgte die Kündigung des Anstellungsverhältnisses. Der Kläger wollte nun beim Arbeitsgericht eine Kündigungsschutzklage erheben, die Beklagte war jedoch der Ansicht, dass ausschließlich die ordentlichen Gerichte, also das Landgericht berufen sei. Und hat diesen "Zwischenstreit" in allen drei Instanzen verloren.

Das Bundesarbeitsgericht führt in seinem Beschluss aus: "... Anders kann es jedoch dann liegen, wenn und soweit der Rechtsstreit nicht das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis betrifft, sondern eine weitere Rechtsbeziehung besteht. Insoweit greift die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht ein. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Organvertreter Rechte auch mit der Begründung geltend macht, nach der Abberufung als Geschäftsführer habe sich das nicht gekündigte Anstellungsverhältnis – wieder – in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt. ..."

Und: "... Eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte kann ferner dann gegeben sein, wenn die Klagepartei Ansprüche aus einem auch während der Zeit als Geschäftsführer nicht aufgehobenen Arbeitsverhältnis nach Abberufung als Organmitglied geltend macht. Zwar liegt der Berufung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer einer GmbH eine vertragliche Abrede zugrunde, die regelmäßig als ein Geschäftsführer-Dienstvertrag zu qualifizieren ist und mit der das Arbeitsverhältnis grundsätzlich aufgehoben wird. Zwingend ist dies aber nicht. Zum einen kann die Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH auch auf einem Arbeitsvertrag be-

ruhen. Zum anderen bleibt der Arbeitsvertrag bestehen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer formlosen Abrede zum Geschäftsführer der GmbH bestellt wird, da eine wirksame Aufhebung des früheren Arbeitsverhältnisses die Einhaltung der Schriftform des § 623 BGB voraussetzt. Ansprüche aus diesem Arbeitsvertrag können dann nach Abberufung aus der Organschaft und damit nach dem Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG vor den Gerichten für Arbeitssachen geltend gemacht werden. Dies gilt auch für die während der Zeit der Geschäftsführerbestellung auf dieser arbeitsvertraglichen Basis entstandenen Ansprüche."

Freilich: Ob die Arbeitsgerichte sodann in einem zweiten Schritt das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses bestätigen werden und in einem dritten Schritt auch noch die Kündigungsschutzklage erfolgreich sein wird, steht auf einem anderen Blatt.

IMPRESSUM

Herausgeber und Bearbeiter:
Rechtsanwalt Stefan von Zduowski
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Ludwigkirchplatz 2
10719 Berlin
www.praxiswissen-arbeitsrecht.de